

# Zivilrechtswissenschaft

Herausgegeben von  
JENS EISFELD,  
DIETHELM KLIPPEL,  
MARTIN LÖHNIG  
und LOUIS PAHLOW

---

**Mohr Siebeck**

# Zivilrechtswissenschaft





# Zivilrechtswissenschaft

Bausteine für eine Zivilrechtstheorie

Herausgegeben von  
Jens Einfeld,  
Diethelm Klippel †,  
Martin Löhnig  
und Louis Pahlow

Mohr Siebeck

*Jens Eisfeld*

ist Professor für Zivilrecht an der Privaten Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL) und ebendort Leiter des „Instituts für Liechtensteinisches Recht und Rechtstheorie“.

*Diethelm Klippel (1943–2022)*

war von 1995–2012 Ordinarius für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Universität Bayreuth.

*Martin Löbnig*

ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht an der Universität Regensburg.

*Louis Pablow*

ist Inhaber des Lehrstuhls für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.

ISBN 978-3-16-162771-2 / eISBN 978-3-16-162772-9

DOI 10.1628/978-3-16-162772-9

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Der vorliegende Sammelband wurde von Diethelm Klippel 2017 initiiert und bis zu seinem überraschenden Tod im Februar 2022 weitgehend selbständig organisiert. Die Corona-Pandemie, vor allem aber seine Erkrankung und sein plötzlicher Tod haben das Projekt erheblich ausgebremst. Nach einer Erweiterung des Herausgeberteams wurden die noch fehlenden Beiträge eingeworben und das Manuskript im März 2023 abgeschlossen. Unser aufrichtiger Dank gilt allen Autorinnen und Autoren, die dem Projekt trotz der erheblichen Verzögerungen weitgehend die Treue gehalten haben.

PD Dr. Franz Hederer, Lukas Herget, Maximilian Müller und Emil Knörzer passten die Beiträge redaktionell an; Frau Bettina Götz M.A. setzte die letzten Vorgaben des Verlages gewissenhaft um. Dafür danken wir sehr herzlich! Dem Verlag Mohr Siebeck und insbesondere der zuständigen Lektorin, Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing, danken wir für die Aufnahme des Bandes in das Verlagsprogramm und für die angenehme Zusammenarbeit.

Frankfurt a.M., Regensburg und Triesen/FL im Frühjahr 2023

Die Herausgeber



# Inhaltsverzeichnis

<i>Jens Eisfeld/Louis Pablow</i> Rechtstheorie und Privatrecht. Zur Einführung . . . . .	1
---	---

## 1. Teil: Grundlagen der Zivilrechtswissenschaft

<i>Alexander Hellgardt</i> Gibt es eine eigenständige Zivilrechtswissenschaft? . . . . .	7
---	---

<i>Diethelm Klippel†</i> Juristische Zeitgeschichte . . . . .	41
--	----

<i>Jens Eisfeld</i> Rechtsphilosophie und Theoriebildung im Zivilrecht . . . . .	85
---	----

## 2. Teil: Zivilrechtswissenschaft im Kontext

<i>Stephan Rixen</i> Verfassungsrecht und Zivilrecht – oder: Zurück zur Verfassung. Kritische Relektüre der „Lüth“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	139
---	-----

<i>Louis Pablow</i> Zivilrechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft . . . . .	157
--	-----

<i>Martin Otto</i> Das Zivilrecht, das es nie gab. Das Verhältnis von Zivilrecht und Politik als Anwendungsfeld für kontrafaktische und biographische Fragestellungen am Beispiel des Familiennamensrechts . . . . .	179
---	-----

## 3. Teil: Systematik und Methoden

<i>Bernd Mertens</i> Kodifikation, Dekodifikation, Rekodifikation . . . . .	205
--	-----



<i>Franz Hofmann</i>	
Grundzüge einer Allgemeinen Zivilrechtslehre . . . . .	237
<i>Michael Zwanzger</i>	
Dispositives und zwingendes Recht . . . . .	259
<i>Clemens Höpfner</i>	
Die Gesetzesauslegung . . . . .	303
<i>Dirk Looschelders</i>	
Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe . . . . .	331
<i>Christian Fischer</i>	
Rechtsfortbildung und Richterrecht . . . . .	365
<i>Anne Sanders</i>	
Internationalisierung des deutschen Zivilrechts . . . . .	405
<i>Felix Wilke</i>	
Auf dem Weg zu einer vergleichenden und transnationalen Zivilrechtstheorie . . . . .	435

#### 4. Teil: Dogmen und Teilgebiete

<i>Jens Eisfeld</i>	
Die Rechtsperson . . . . .	471
<i>Karl-Nikolaus Peifer</i>	
Theorie der Persönlichkeitsrechte . . . . .	519
<i>Herbert Zech</i>	
Materielle und immaterielle Güter. Die Güterzuweisungsfunktion des Privatrechts . . . . .	547
<i>Stefan Arnold</i>	
Privatautonomie, Vertrag und Gleichheit. Das Privatrecht in seiner politischen Dimension . . . . .	571
<i>Martin Löbnig</i>	
„Verschuldrechtlichung des Familienrechts“. Das Familienrecht als Teil des Bürgerlichen Rechts . . . . .	597

<i>Adam Sagan/Stephan Seiwert</i> Theorie(en) des Arbeitsrechts . . . . .	617
<i>Matthias Maetschke</i> Privatrecht und Wettbewerb . . . . .	647
<i>Christoph Althammer</i> Materielles Recht und Verfahrensrecht . . . . .	667
Autorenverzeichnis . . . . .	685



## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
HistJb	Historisches Jahrbuch
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hg. v. Adalbert Erler u. Ekkehard Kaufmann, 1964 ff.
HZ	Historische Zeitschrift
JheringsJb	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts; ab 1897: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMBL	Justizministerialblatt
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KritJ	Kritische Justiz
Lit.	Literatur
MünchKomm	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NDB	Neue Deutsche Biographie
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Rspr.	Rechtsprechung
RT, Sten. Ber.	Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte
Rn.	Randnummer
s.	siehe
Sp.	Spalte
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VfZG	Vierteljahrshäfte für Zeitgeschichte
VSWG	Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
VVDRStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WaG	Die Welt als Geschichte

WZG	Warenzeichengesetz
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZHF	Zeitschrift für Historische Forschung
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZRG Germ. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG Rom. Abt.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

# Rechtstheorie und Privatrecht. Zur Einführung

*Jens Eisfeld/Louis Pablow*

Rechtstheoretische Ansätze haben in der Rechtswissenschaft der letzten Jahrzehnte einen sichtbaren Bedeutungszuwachs erlebt. Inzwischen nehmen Kompendien und Sammelbände zu, die sich mit einem grundlegenden Anspruch etwa einer „Rechtswissenschaftstheorie“, einer „Verfassungstheorie“ oder einer „Privatrechtstheorie“ widmen. Ein deutlicher Akzent liegt nach wie vor auf dem öffentlichen Recht,<sup>1</sup> aber auch im Privatrecht ist der Trend zu rechtstheoretischen Ansätze kaum zu übersehen.<sup>2</sup> Dieser Wandel zeigt sich inzwischen auch in der Infrastruktur der rechtswissenschaftlichen Forschungslandschaft: Im September 2020 wurde die rechtshistorische Ausrichtung des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte um eine dritte Abteilung zur Rechtstheorie erweitert. Das heutige „Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie“ sieht es inzwischen als „seine wichtigste Aufgabe an, durch *theoretisch reflektierte* historische Forschung im Bereich von Recht und anderen Formen von Normativität einen spezifischen Beitrag zur Grundlagenforschung der Rechts- und Sozialwissenschaften sowie der Historischen Geisteswissenschaften zu leisten“.<sup>3</sup> Es bleibt abzuwarten, ob und wie diese „theoretische Reflexion“ zu leisten ist, zumal eine grundlegende Debatte über die Grenzen und Potentiale einer Verknüpfung von Rechtsgeschichte und Rechtstheorie bis heute bemerkenswert leise geführt wird.<sup>4</sup>

Es ist hier nicht der Ort, um die Ursachen dieser Akzentverschiebungen in den Grundlagenfächern näher zu analysieren. Der häufig zu lesende Verweis auf das bekannte Votum des Wissenschaftsrates von 2012 dürfte aber kaum genügen, weil darin die Bedeutung der rechtswissenschaftlichen „Grundlagenfächer“ insgesamt hervorgehoben, eben gerade keine Beschränkung auf eine rechtstheoretische

---

<sup>1</sup> Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010; Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008.

<sup>2</sup> Z.B. Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, 2 Bde., 2015; Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute. Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, 2017.

<sup>3</sup> <https://www.lhlt.mpg.de/institut> (abgerufen am 12.02.2023; Hervorhebung nicht im Original).

<sup>4</sup> Häufig werden Rechtsgeschichte und Rechtstheorie miteinander verknüpft, ohne sich über die methodischen und konzeptionellen Grenzen einer solchen Verzahnung zu verständigen, etwa bei Grundmann/Thiessen (Hrsg.), *Von formaler zu materialer Gleichheit. Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie*, 2021.

Schwerpunktsetzung vorgenommen wurde.<sup>5</sup> Bemerkenswert ist vielmehr der Befund, dass rechtstheoretische Überlegungen in der Zivilrechtswissenschaft weder einer besonderen Projektinitiative noch einer erkennbaren Schule entsprungen, sondern weitgehend unabhängig voneinander entstanden sind. Viele Einzelstudien diskutieren unterschiedliche Grundfragen des Zivilrechts mit jeweils eigenständigen Methoden und Rezeptionsordnungen, aber stets mit einem privatrechtstheoretischen Anspruch.<sup>6</sup>

Dabei fällt auf, dass – anders als etwa in den USA – kaum übergreifende, auch systematische Theoriekonzepte für das Zivilrecht vorgelegt wurden. Vielmehr dominieren nach wie vor Einzelstimmen und thesenartige Konzepte die Diskussion: Stefan Grundmann, Hans-W. Micklitz und Moritz Renner legten 2015 ein zweibändiges Kompendium vor, das ausgewählte Leittexte aus Deutschland mit solchen aus anderen europäischen Staaten wie auch den USA miteinander ins Gespräch bringen will.<sup>7</sup> „Privatrechtstheorie heute“ enthält – abgesehen von dem Einleitungsaufsatz der Herausgeber – Kommentare zu Werken von Marietta Auer, Florian Rödl und Dan Wielsch.<sup>8</sup> Auch bei anderen Verlagen gibt es bisher, soweit ersichtlich, keine Veröffentlichung mit dem Anspruch einer umfassenden „Privatrechtstheorie“ oder eine der Sache nach vergleichbare handbuchähnliche Publikation im deutschsprachigen Raum.

Die spezifische Situation in Deutschland zeigt bemerkenswerte Unterschiede gegenüber den USA, wo theoretische Konzeptionen sehr viel offener und konstruktiver in die Rechtspraxis und Rechtswissenschaft inkorporiert werden als hierzulande. Das zeigt sich etwa an der Legal-Origin-Theorie, mit der vor allem Ökonomen in Common-Law-Systemen einen Vorteil gegenüber kontinentaleuropäischen (kodifikationsbasierten) Civil-Law-Systemen sehen wollen, die aber hierzulande kaum diskutiert wurde.<sup>9</sup> Ebenso intensiv nutzten Juristen in den USA ökonomische Theorieangebote für die Begründung und Interpretation von Privatrecht, etwa im Rahmen der sog. Law-and-Economics-Bewegung. Damit erhielt das Common Law, so die angloamerikanische Forschung, ein „präskriptives Gerüst“, das seit den

<sup>5</sup> Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (9.11.2012), siehe [https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&cv=3](https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf?__blob=publicationFile&cv=3), insb. S.30–33 (abgerufen am 12.02.2023).

<sup>6</sup> Z.B. *Lueg*, Teleologische Theorien des Urheberrechts. Der angloamerikanische Urheberrechtsdiskurs zwischen Rechtfertigung und Rechtskritik, 2022; *Eichenhofer*, Rechtsmissbrauch. Zu Geschichte und Theorie einer Figur des Europäischen Privatrechts, 2019; *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014; *Michaels*, Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, 2002; *Wielsch*, Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft, 2001; weitere Nachw. bei Grünberger/Jansen (Fn. 2), 1–4.

<sup>7</sup> Grundmann/Micklitz/Renner (Fn. 2).

<sup>8</sup> Grünberger/Jansen (Fn. 2).

<sup>9</sup> *Deakin*, Legal origin, juridical form and industrialization in historical perspective: the case of the employment contract and the joint-stock company, in: *Socio-Economic Review* 7 (2009), 35–65; *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer*, The Economic Consequences of Legal Origin, in: *Journal of Economic Literature* 46 (2008), 285–332; ansatzweise rezipiert bei Grundmann (Fn. 2), 2.

1970er Jahren in den USA nachweislich eine sichtbare Breitenwirkung entfalten konnte.<sup>10</sup> Mit einer Verwurzelung der deutschen Rechtswissenschaft in tradierten dogmatischen Denkmustern wird man diese Abweichungen nicht abschließend erklären können. Vielmehr spielen dafür auch strukturelle Unterschiede des Privatrechtssystems in den USA eine Rolle, wo die im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken dominierende Bedeutung von Dogmatik und Prinzipienorientierung weniger verwurzelt ist.<sup>11</sup> Eine einheitliche Kodifikation des Privatrechts ist in den USA bekanntlich nicht vorhanden. Privatrechtstheorie übernimmt hier gleichsam eine Klammerfunktion im Sinne einer harmonisierenden Interpretation privatrechtlicher Regelungen in den einzelnen Bundesstaaten. In den Law Schools hat daher die Vermittlung sowohl juristischer Methoden als auch gesellschaftlicher Bezüge des Rechts ein anderes Gewicht als etwa im kontinentaleuropäischen Rechtsraum.<sup>12</sup>

Angesichts der Grundlagenaffinität des Themas will der Band den klassischen Rechtsquellen- und Methodenkanon offenhalten. Naturrechtlichen Implikationen und Argumentationsmustern von vornherein eine Absage zu erteilen, weil sie „in das Feld der Moral, nicht in das des Rechts“ gehören,<sup>13</sup> erscheint ahistorisch, auch gefährlich, weil sie den „juristischen Richtigkeitsanspruch“ allein auf das positive Recht verengt. Auch der rechtspolitische Diskurs kann theoriebegründend sein, wenn das Zivilrecht nicht Gefahr laufen will, sich von gesellschaftlichen Reformströmungen zu entkoppeln, indem man sich auf ein positiviertes Gesetzes- und Richterrecht zurückzieht. Dem steht nicht entgegen, dass das Recht seinen Richtigkeitsanspruch allein im positiven Recht einzulösen hat. Auch im vorliegenden Band geht es vor allem darum, tradierte und vorgefundene Rechtsnormen und ihre privatrechtswissenschaftliche Interpretation kritisch zu reflektieren. Wie bei allen anderen Grundlagenfächern ist auch eine Zivilrechtstheorie einer der Orte, an denen Juristen Reflexionsdistanz gegenüber dem positiven Recht gewinnen, strukturelle Gemeinsamkeiten und Brüche identifizieren und theoretische Alternativen entwickeln können.

Die hier nur skizzenhaft präsentierte Forschungslage macht deutlich, dass nach wie vor Bedarf an einer systematischen Bestandsaufnahme und perspektivischen

---

<sup>10</sup> *Mercurio/Medema*, Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism, 1997, 57–79, insb. 66 ff.; *R. Posner*, What is Law and Economics today? An American View, in: Peter Nobel et al. (Hrsg.), New Frontiers of Law and Economics, 2006, 89–97.

<sup>11</sup> *Lepsius*, Der Einfluss des ökonomischen Denkens auf die Rechtsvergleichung, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 109 (2010), 327–347, 329 ff.; *Reimann*, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, 1997, 1 f.; *ders.*, Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit – Können die USA als Vorbild dienen?, in: Zimmermann (Hrsg.), Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht. Impressionen aus der Neuen Welt, 1995, 132–155, 134–139.

<sup>12</sup> *Friedman/Teubner*, Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience, in: Cappelletti/Seccombe/Weiler (Hrsg.), Integration through Law. Europe and the American Federal Experience, Vol. 1, Methods, Tools and Institutions, 1986, 345–380, 359; *Ebke*, Legal Education in the United States of America, in: Bruno de Witte/Caroline Forder (Hrsg.), The Common Law of Europe and the Future of Legal Education, 1992.

<sup>13</sup> Grünberger/Jansen (Fn. 2), 2 f.



Erweiterung der rechtstheoretischen Aspekte des Privatrechts bzw. des (synonym verstandenen) Zivilrechts besteht. Der Band zielt in erster Linie auf eine systematische Bestandsaufnahme einzelner Neben- und Teilgebiete des Privatrechts einschließlich der methodischen Grundlagen. Die hier versammelten Beiträge verstehen sich als Bausteine zu einer laufenden Debatte. Eine kohärente Gesamtkonzeption einer Zivilrechtstheorie legt also auch das vorliegende Buch bewusst nicht vor. Vielmehr will der Band anhand zentraler Schwerpunkte, die für eine Theoriebildung erkenntnisleitend sein können, den Versuch unternehmen, die bislang eher selektiv anmutende Diskussion um eine sowohl grundlagenorientierte als auch dogmatische Perspektive zu erweitern. Freilich erheben die Herausgeber hier keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Idee und Konzeption des vorliegenden Bandes gehen auf den im Februar 2022 verstorbenen Zivilrechtler und Rechtshistoriker Diethelm Klippel zurück. Seine schwere Erkrankung und sein viel zu früher Tod haben das Projekt nicht nur erheblich verzögert. Auch fehlt sein ursprünglich geplanter Beitrag zu „Zivilrechtsgeschichte und die Historizität des Zivilrechts“. Grundlegende und weiterführende Ideen dazu hat er bereits 1985 in einer bis heute lesenswerten Studie „Juristische Zeitgeschichte“ veröffentlicht, die wir in unveränderter Form erneut abdrucken. Es wäre aber sicher im Interesse des Initiators, wenn die Diskussion gerade auch innerhalb der Grundlagenfächer durch den Band nicht nur weiter geschärft, sondern auch darüber hinaus fortgesetzt würde.

*1. Teil*

# Grundlagen der Zivilrechtswissenschaft



# Gibt es eine eigenständige Zivilrechtswissenschaft?\*

Alexander Hellgardt

## I. Zivilrechtswissenschaft und Rechtswissenschaft

### 1. Die ausgebliebene Revolution

Die deutsche Rechtswissenschaft<sup>1</sup> hat sich in den vergangenen Jahrzehnten einem aufwändigen Prozess der Selbstvergewisserung, Selbstreflexion und Grenzverschiebung unterzogen<sup>2</sup>. Die Neuerfindung gipfelte in der Proklamation einer Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>3</sup> (und einer Neuen Staatsrechtswissenschaft<sup>4</sup>), womit der Wandel „[v]on der anwendungsbezogenen Interpretationswissenschaft

---

\* Grundideen dieses Beitrags habe ich auf dem Fakultätsseminar der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg am 5. Juni 2019 präsentiert. Für hilfreiche Anmerkungen danke ich allen Diskussionsteilnehmern sowie *Thilo Kuntz* und *Wolfgang Schön*!

<sup>1</sup> Rechtswissenschaft ist – noch stärker als das zunehmend durch Europäisierung und Internationalisierung geprägte Recht – nach wie vor eine vorrangig nationale Angelegenheit; pointiert *Jestaedt*, JZ 2014, 1 (1f.): „Disziplinärer Provinzialismus“. Die nachstehenden Ausführungen erheben daher nicht den Anspruch, die Zivilrechtswissenschaft insgesamt zu beschreiben, sondern sind lediglich auf den deutsch(-sprachig-)en Raum bezogen. Zu Ansätzen einer Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft siehe v. *Bogdandy*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2018, 135; speziell zur Strafrechtswissenschaft auch *Hilgendorf*, ebd., S. 153 (ein Beitrag, der in der ersten Auflage des Bandes noch nicht enthalten war).

<sup>2</sup> Zeugnis davon geben etwa die Tagungs- und Sammelbände *Engel/Schön* (Hg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007; *Jestaedt/Lepsius* (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008; *Funke/Lüdemann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie*, 2009; *G. Kirchhof/Magen/Schneider* (Hg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012; *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 2. Aufl. 2018; *Kirste* (Hg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften*, 2016; *Dreier* (Hg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018; *Duwe/Ruppert* (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018.

<sup>3</sup> Einführend *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2006, 19–31; *Voßkuhle*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers* (Hg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 1. Die Bezeichnung als „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ findet sich wohl erstmals bei *Bumke*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, 73 (103) und *Hoffmann-Riem*, ebd., 9 (13). Als Beginn der Neuorientierung kann man eine Serie von Forschungsprojekten ansehen, die von *Wolfgang Hoffmann-Riem* und *Eberhard Schmidt-Aßmann* initiiert wurden und unter dem Titel „Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts“ in zehn Bänden zwischen 1993 und 2004 erschienen.

Kritisch zur Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft *Gärditz*, in: *Burgi* (Hg.), *Zur Lage der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2017, 105.

<sup>4</sup> *Voßkuhle*, *Der Staat* 40 (2001), 495 (502f.).

zur rechtsetzungsorientierten Handlungs- und Entscheidungswissenschaft<sup>5</sup> bezeichnet werden sollte. Im Zivilrecht<sup>6</sup> ist die Revolution dagegen ausgeblieben<sup>7</sup>, eine Neue Zivilrechtswissenschaft wurde – jedenfalls in Deutschland<sup>8</sup> – nicht ausgerufen<sup>9</sup>.

An äußeren Anlässen, die auch in der Privatrechtswissenschaft zu einer Neuausrichtung hätten führen können, hat es nicht gemangelt: der politische Einsatz des Privatrechts zu Steuerungszwecken, die Konstitutionalisierung des BGB oder auch die Europäisierung des Privatrechts<sup>10</sup> haben durchaus systemsprengendes Potential. Indem aufbrechende Lücken möglichst systemkonform geschlossen<sup>11</sup> oder als unzulässige Einflussnahmen auf das überkommene System mit rechtlichen<sup>12</sup> oder rechtspolitischen<sup>13</sup> Argumenten zurückgewiesen wurden, ist es der Privatrechtswissenschaft aber vermeintlich gelungen, dem Zahn der Zeit zu trotzen: Auch nach 200 Jahren beruft sich die deutsche Zivilistik maßgeblich auf *Savigny* und die historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts<sup>14</sup>.

Die heile Welt der dogmatisch-systematischen Zivilrechtswissenschaft ist allerdings mehr Klischee als Wirklichkeit. Die klassische Zivilrechtsdogmatik ist zwar beileibe nicht verschwunden. Sie wird ihre zentrale Bedeutung so lange behaupten können, wie der für Deutschland typische enge Austausch zwischen Zivilrechts-

<sup>5</sup> *Voßkuhle* (Fn. 3), § 1 Rn. 15.

<sup>6</sup> Die Ausdrücke „Zivilrecht“ und „Privatrecht“ werden in diesem Beitrag synonym verwendet. Zur Begriffsbestimmung siehe ausführlich unten II.

<sup>7</sup> *Hilgendorf/Schulze-Fielitz*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2018, 1 (2) konstatieren aber eine gewisse „Krisenstimmung“ in der Zivilrechtswissenschaft, lediglich die Strafrechtswissenschaft sei von Selbstzweifeln verschont geblieben.

<sup>8</sup> Allerdings hat sich in den USA unter Leitung von *Henry Smith* und *John Goldberg* von der Harvard Law School ein Projekt mit dem Titel „The New Private Law“ gegründet, das sich – unter den „umgekehrten Vorzeichen“ der US-amerikanischen Rechtswissenschaft – mit den „Foundations of Private Law“ beschäftigt. Grundlegend *Goldberg*, 125 Harv. L. Rev. 1640 (2012). Dazu aus deutscher Sicht *Hosemann*, *RabelsZ* 78 (2014), 37 (52–57).

<sup>9</sup> Für ein Plädoyer, Privatrechtswissenschaft als Regulierungswissenschaft zu verstehen, siehe *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, 325 ff.

<sup>10</sup> Aufzählung in Anlehnung an *Wagner*, in: Dreier (Hg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018, 67 (95 f., 178 f.). Siehe auch *Auer*, in: Duve/Ruppert (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, 121 (125 ff.); *Ribeiro*, *The Decline of Private Law*, 2019, insb. 172 ff., 226 ff.

<sup>11</sup> Siehe z.B. BGHZ 192, 148, 161–163 („richtlinienkonforme Rechtsfortbildung“).

<sup>12</sup> Siehe z.B. *Lobinger*, *Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten*, 2004, 281; *Picker*, *JZ* 2003, 1035 (1038–1045, 1048), die jeweils dafür plädieren, als systemwidrig erscheinende Normen anhand höherrangiger (naturrechtlicher?) Maßstäbe zu korrigieren und sich dabei über den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers hinwegzusetzen.

<sup>13</sup> Siehe z.B. *MüKoBGB/Finkenauer*, 9. Aufl. 2022, BGB § 241a Rn. 5 (§ 241a BGB als „systemwidrige“ Vorschrift).

<sup>14</sup> Siehe z.B. *Jansen*, *Rechtsdogmatik im Zivilrecht*, 2011, <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht>, Rn. 1; auch *Wagner* (Fn. 10), 71 ff. beginnt seine wissenschaftliche Standortbestimmung mit dem 19. Jahrhundert. Für *Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2014 bildet *Savigny* einen wichtigen Bezugspunkt, ohne allerdings in einfacher Linie als Gründungsvater der heutigen Privatrechtswissenschaft zu erscheinen; siehe auch *dies.*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2018, 301 (302–317).

wissenschaft und Gerichten<sup>15</sup> anhält. Die Zivilrechtsdogmatik und ihr Praxisbezug stellen – gerade im internationalen Vergleich<sup>16</sup> – eine Stärke der deutschen Zivilrechtswissenschaft dar<sup>17</sup>, die hier weder relativiert noch als überholt kritisiert werden soll. Aber auch ohne den Einschnitt einer programmatisch verkündeten Neuausrichtung ist es in der Privatrechtswissenschaft zu tektonischen Verschiebungen gekommen. Denn neben der Zivilrechtsdogmatik hat sich in den letzten Jahrzehnten eine methodenpluralistische Privatrechtswissenschaft etabliert, die den internationalen und intradisziplinären Vergleich keineswegs zu scheuen braucht. Diese „neue“ Privatrechtswissenschaft findet sich vor allem in Dissertationen und Habilitationen. Jene Arbeiten, insbesondere solche im Bereich des Unternehmens- und Wirtschaftsrechts, beschränken sich nicht mehr auf den „strictly legal point of view“<sup>18</sup>, sondern erweitern die dogmatische Analyse um funktional-rechtsvergleichende, unionsrechtliche oder interdisziplinäre – insbesondere ökonomische – Argumente.

## 2. Zivilrechtswissenschaft als eigenständige Disziplin?

Die eben skizzierten unterschiedlichen Entwicklungen, die die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht und die Zivilrechtswissenschaft in den letzten Jahr(zehnt)en genommen haben, legen prima facie nahe, dass es sich um getrennte Disziplinen mit jeweils eigenen Entwicklungsprozessen handelt. Der Umstand, dass beide Teilfächer im Ergebnis zu ganz ähnlichen Ansätzen gelangt sind, stellt die These der Eigenständigkeit dagegen in Frage. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden der Versuch einer Standortbestimmung der gegenwärtigen deutschen Privatrechtswissenschaft unternommen werden. Der Fokus liegt dabei weniger auf der *interdisziplinären* Abgrenzung. Fragen nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtsdogmatik<sup>19</sup> oder dem Verhältnis von sogenannten dogmatischen Fächern und Grundlagenfä-

<sup>15</sup> Dazu unten III.1.

<sup>16</sup> Bezeichnenderweise zielt die „New Private Law“-Bewegung in den USA genau darauf ab, den Stellenwert dogmatischer Argumente zu verbessern und dadurch die Relevanz der Zivilrechtswissenschaft für die Gerichtspraxis zu erhöhen; *Goldberg*, 125 Harv. L. Rev. 1640, 1656 (2012). Zur Überwindung des Gegensatzes von Theorie und Praxis im US-amerikanischen Jura-studium siehe *Gerken*, 132 Harv. L. Rev. 134 (2019).

<sup>17</sup> Dies betonen auch *Jansen* (Fn. 14), Rn. 6; *Koziol*, AcP 212 (2012), 1 (2); *Stürner*, JZ 2012, 10 (11, 13); siehe auch *Jestaedt*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 117 (118); *Kahl*, Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht, 2020, S. 98 f.; *Lepsius*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 39 (47 f.).

<sup>18</sup> *Ernst*, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3 (15 ff.).

<sup>19</sup> *Bumke*, JZ 2014, 641; *Dreier*, in: ders. (Hg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018; 1 (10–17); *Eifert*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 79 (87 ff.); *Hassemer*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 3; *Honsell*, ZfPW 2015, 1; *Hörnle*, in: Dreier (Hg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, 183 (187–189); *Jansen* (Fn. 14), Rn. 1, 2, 10; *Jestaedt* (Fn. 17), 117 ff.; *ders.*, JZ 2014, 1; *Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, 1973; *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 9. Aufl. 2016, 351 (352–354); *Waldhoff*, in: G. Kirchhof/Magen/Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, 17 (30 ff.); *Wieacker*, in: FS Gadamer, 1970, Bd. II, 311 (314 ff.); *Würtenberger*, in: Stürner (Hg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die

chern<sup>20</sup> sind nicht nur anderweitig bereits ausführlich diskutiert worden, sondern betreffen vor allem die Rechtswissenschaft im Ganzen. Hier soll demgegenüber im Sinne des eingangs aufgeworfenen Vergleichs zum Öffentlichen Recht der *intradisziplinäre* Blickwinkel eingenommen werden: Inwieweit ist die Zivilrechtswissenschaft im Konzert der Teilfächer spezifisch? Oder ist es vielmehr irreführend, von einer eigenständigen Privatrechtswissenschaft zu sprechen und bilden alle Teilfächer letztlich nur Ausprägungen einer einheitlichen und allumfassenden Rechtswissenschaft?

Diese Fragen betreffen die Disziplinabgrenzung und damit einen Teilbereich der allgemeinen Wissenschaftstheorie<sup>21</sup>. Dort herrscht eine gegenstandsbezogene Einteilung vor<sup>22</sup>, die allerdings für die vorliegende Fragestellung unergiebig ist. Denn der Umstand, dass sich die Rechtswissenschaft mit dem „Recht“ und die Zivilrechtswissenschaft mit dem „Zivilrecht“ beschäftigt, bezeichnet eben nur den jeweiligen Gegenstand; damit lässt sich aber nicht die disziplinäre Eigenständigkeit einer Zivilrechtswissenschaft begründen. Die Frage, ab wann eine eigenständige Wissenschaftsdisziplin vorliegt, ist vor allem für die (Universitäts-)Praxis relevant<sup>23</sup>, insbesondere bei sog. „kleinen Fächern“. Die in diesem Zusammenhang entwickelten Kriterien sind jedoch häufig von dem hochschulpolitischen Bestreben getrieben, die Situation besonders spezialisierter Wissenschaftler dadurch aufzuwerten, dass ihr Forschungsbereich als eigenständiges Fach ausgewiesen wird. Die Abgrenzungsmerkmale sind dementsprechend so weit gefasst, dass auch viele juristische Teilfächer (z.B. Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Familienrecht, Arbeitsrecht, Immaterialgüterrecht) als eigenständige Wissenschaftsdisziplinen gelten würden<sup>24</sup>.

Rechtsentwicklung, 2010, 3. Zur problematischen Gleichsetzung von Rechtsdogmatik und Rechtswissenschaft siehe unten III.2.

<sup>20</sup> Gutmann, JZ 2013, 697; Stolleis, JZ 2013, 712; siehe auch Grundmann, JZ 2013, 693 (696); Jestaedt, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 241 (271); Lorenz, JZ 2013, 704 (706 f.); Möllers, in: Jestaedt/Lepsius (Hg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, 151 (163).

<sup>21</sup> Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Wissenschaftstheorie siehe insbesondere Neumann (Fn. 19), 351 f. sowie Duttge, in: Koriath/Krack/Radtke/Jehle (Hg.), Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, 2010, 31 (37); Funke, in: Funke/Lüdemann (Hg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, 1; Jestaedt, ebd., 17; ders., JZ 2014, 1 (8).

<sup>22</sup> Schurz, Einführung in die Wissenschaftstheorie, 4. Aufl. 2014, 32, in dessen Einteilung der Wissenschaftsdisziplinen die Rechtswissenschaft allerdings nicht auftaucht. Zu möglichen Gründen siehe Neumann (Fn. 19), 352 f.

<sup>23</sup> Populärwissenschaftliche Listen zur Disziplinabgrenzung erfassen zumeist nur die Rechtswissenschaft als eigene Disziplin; unter dem Schlagwort „Einzelwissenschaft“ werden bei Wikipedia beim Gliederungspunkt „Rechtswissenschaften“ folgende Einzelwissenschaften aufgeführt: Juristische Methodenlehre; Kriminologie; Rechtsdogmatik; Rechtsgeschichte; Rechtsphilosophie; Rechtssoziologie; Rechtstheorie; Rechtsvergleichung; <https://de.wikipedia.org/wiki/Einzelwissenschaft>. Zwischen Erstellung der ersten Fassung dieses Manuskripts und Veröffentlichung wurden die „Rechtswissenschaften“ allerdings von einer eigenen Oberkategorie zu einer Unterkategorie der „Sozialwissenschaften“ herabgestuft (ab der Version vom 3. April 2022, 16:21 Uhr).

<sup>24</sup> Mit der Situation „kleiner Fächer“ befasst sich die „Arbeitsstelle Kleine Fächer“ an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Diese zieht für ihre Arbeit fünf Kriterien heran, um „kleine Fächer“ von bloßen Teildisziplinen abzugrenzen: (1) Selbstverständnis als eigenständiges Fach;

## Autorenverzeichnis

- Prof. Dr. *Christoph Althammer*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Verfahrensrecht, Internationales Privatrecht sowie außergerichtliche Streitbeilegung, Universität Regensburg
- Prof. Dr. *Stefan Arnold*, LL.M. (Cambridge), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Internationales Privatrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster
- Prof. Dr. *Jens Eisfeld*, LL.M. (Illinois), Leiter des Instituts für Liechtensteinisches Recht und Rechtstheorie, Private Universität im Fürstentum Liechtenstein (UFL)
- Prof. Dr. *Christian Fischer*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Zivilprozessrecht und Rechtstheorie, Friedrich-Schiller-Universität Jena
- Prof. Dr. *Alexander Hellgardt*, LL.M. (Harvard), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Grundlagen des Rechts, Universität Regensburg
- Prof. Dr. *Clemens Höpfner*, geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Universität zu Köln
- Prof. Dr. *Franz Hofmann*, LL.M. (Cambridge), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen
- Prof. em. Dr. *Diethelm Klippel* †, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte, Universität Bayreuth
- Prof. Dr. *Martin Löhnig*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte und Kirchenrecht, Universität Regensburg
- Prof. Dr. *Dirk Looschelders*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Privatversicherungsrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
- PD Dr. *Matthias Maetschke*, Referent bei der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit in NRW, Düsseldorf
- Prof. Dr. *Bernd Mertens*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg
- Dr. *Martin Otto*, Akad. Rat, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Privatrechtsgeschichte sowie Handels- und Gesellschaftsrecht, FernUniversität in Hagen
- Prof. Dr. *Louis Pablow*, Lehrstuhl für Neuere und Neueste Rechtsgeschichte, Zivilrecht und Gewerblichen Rechtsschutz, Goethe-Universität Frankfurt a.M.
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht am Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Universität zu Köln



- Prof. Dr. *Stephan Rixen*, Direktor des Instituts für Staatsrecht, Leiter der Forschungsstelle für das Recht des Gesundheitswesens, Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Staatsrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht, Universität zu Köln
- Prof. Dr. *Adam Sagan* MJur (Oxon), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht, Universität Bayreuth
- Prof. Dr. *Anne Sanders*, M.Jur. (Oxford), Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht, das Recht der Familienunternehmen und Justizforschung, Universität Bielefeld
- PD Dr. *Stephan Seiwert*h, LL.M. (Leuven), Akademischer Rat a.Z. am Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Universität zu Köln
- Dr. *Felix M. Wilke*, LL.M. (Michigan), Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth
- Prof. Dr. iur. Dipl.-Biol. *Herbert Zech*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht, Direktor am Weizenbaum Institut für die vernetzte Gesellschaft, Humboldt-Universität zu Berlin
- Prof. Dr. *Michael Zwanzger*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsgeschichte und Europäische Rechtsharmonisierung, Universität Leipzig